

### Obituario al Libel Turism

Thiede, Thomas

Veröffentlichungsversion / Published Version

Sammelwerksbeitrag / collection article

#### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Thiede, T. (2013). Obituario al Libel Turism. In *Anuario español de derecho internacional privado (AEDIPr): Tomo XIII* (pp. 487-512) <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-50897-6>

#### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

#### Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

## OBITUARIO AL *LIBEL TURISM*\*

Thomas THIEDE \*\*

SUMARIO: I. Introducción. II. Principios básicos del conflicto de leyes. III. Lecciones desde el Derecho sustantivo. 1. El balance de intereses como *leitmotif*. 2. Atribución predecible del daño. 3. La percepción del público. 4. Indivisibilidad del daño inmaterial. 5. Los efectos del alcance de la distribución. IV. Propuestas de unificación de una regla de conflicto en el ámbito de la Unión. 1 El estudio de *Mainstrat*. 2. La teoría del Mosaico. 3 La aplicación alternativa de varios ordenamientos: A) Por elección de la víctima; B) Por la técnica de los medios de publicación. 4. Identificación de una única conexión: A) Residencia habitual de la víctima; B) Establecimiento del editor. V. Centro de gravedad del conflicto. 1. Metodología: A) Razonamiento deductivo y referencias subsidiarias; B) Un sistema flexible. C) Rasgos comunes. 2. Elementos: A) La percepción del público; B) Previsibilidad de la ley aplicable; C) Las conexiones sociales del perjudicado; D) Alcance de la publicación. 3. Conclusiones. V. Comentarios finales.

RESUMEN: En una era de comunicaciones globales y de medios de difusión de alcance internacional, la información de carácter personal puede ser difundida a cualquier parte del mundo de manera automática. Dadas las sustanciales diferencias culturales, históricas, de valores y técnicas legislativas entre los Estados, la protección de la intimidad y la reputación tiene un tratamiento significativamente divergente incluso dentro de Europa. Consecuentemente, la cuestión de la determinación de la ley que debe aplicarse resulta a menudo decisiva para el éxito de la acción. La ausencia de una regla de conflicto uniforme dentro de la UE causa importantes problemas en el ámbito de la determinación de la ley aplicable en este tipo de litigios. En este artículo se analizan críticamente las distintas propuestas existentes para la consagración de una regla de conflicto europea uniforme, proponiendo una nueva aproximación.

PALABRAS CLAVE: DIFAMACIÓN – INTIMIDAD – UNIÓN EUROPEA – LEY APLICABLE – CONFLICTO DE LEYES.

ABSTRACT: In an era of global news networks and internationally distributed media, personal information can be disseminated faster than ever beyond national borders. Due to substantial differences in national histories, cultures, values and legislative techniques, protection of privacy and reputation is treated rather divergently throughout Europe. As a result, the issue of which law ought to be applied is often decisive for the claim and is of great importance. The absence of a uniform conflict of laws rule within EU causes significant problems in the field of applicable law in this matter. In this article the existing proposals for a unified European conflict of laws rule will be critically analysed. Having exposed the weakness of these approaches a path for reform is suggested.

---

\*\* Academia de las Ciencias de Austria. Universidad de Graz (Austria).

KEY WORDS: DEFAMATION – PRIVACY – EUROPEAN UNION – APPLICABLE LAW – CONFLICT OF LAWS.

## I. Introducción

1. En una época de redes de noticias globales y medios de comunicación de distribución internacional, la información de carácter personal puede ser difundida más allá de las fronteras nacionales casi de manera inmediata. Todas las partes involucradas –el periodista, el medio de comunicación utilizado para la publicación de la información y la persona sujeta a la cobertura del medio– se benefician de un grado de protección legal en relación con sus respectivos derechos. Dentro de este marco, es el legislador y los tribunales los que equilibran los intereses de las partes implicadas. Para este propósito, en la mayoría de los sistemas legales del *civil law* de la Europa continental los tribunales se fundamentan en los derechos de la personalidad codificados. Incluso en los sistemas del *common law*, donde tales derechos se mantienen sin reflejo legal, puede observarse cada vez más claramente una protección similar de la reputación y de la privacidad junto a la ya tradicional protección otorgada a través de la ley de difamación.

2. Dadas las significativas diferencias entre los países desde el punto de vista histórico, cultural, de sus valores y de sus técnicas legislativas, la protección de la intimidad y de la reputación tiene un tratamiento significativamente divergente en toda Europa. De hecho, las respectivas provisiones nacionales que protegen la intimidad varían en cierta medida. Algunos países, como Alemania y Suiza, distinguen entre esferas protegidas más o menos de manera intensiva en las que la libertad de información, prensa y opinión pesa más que el derecho a la intimidad en mayor o menor medida. Otros países, como Francia, regulan la protección de intimidad mediante normas especiales, mientras otros, como Inglaterra y País de Gales, llevan a cabo la protección a la intimidad mediante soluciones poco sistemáticas.

En realidad, en todos los Estados miembro cualquier protección a estos derechos de la personalidad tiene que ceder *vis-à-vis* las publicaciones que tengan un interés público significativo y legítimo. Ahora bien, qué es lo que constituye un interés público legítimo se determina de manera diferente, debido a las diferencias sustanciales nacionales en la historia, cultura y valores, y con frecuencia esta cuestión se enturbia aún más al introducir complicadas distinciones en la tutela en función del sujeto: diferenciando entre individuos particulares anónimos de las figuras públicas y políticas.

En consecuencia, la cuestión de la determinación de la ley que debe aplicarse resulta a menudo decisiva para el éxito de la acción y tiene una gran relevancia

cuando, por ejemplo, la persona objeto de la información dañina tiene su residencia o goza de una presencia significativa en otro Estado distinto de donde la información fue difundida. En igual medida, cuando el contenido o la información controvertida fue obtenida en un Estado donde ni el perjudicado ni el editor residen. En definitiva, ante tal escenario se hace necesaria una coordinación de las leyes potencialmente aplicables a través de provisiones del DIPr.

3. Pese a que la UE ha unificado las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales mediante el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007 ("Roma II") (RR II), el legislador, presumiblemente influenciado por la industria de los medios de comunicación excluyó de su ámbito material de aplicación las lesiones a los derechos referidos a la privacidad y los daños a la reputación, como es el caso de la difamación. A pesar de la cláusula de revisión prevista en el art. 30.2° RR II, cuyo objetivo es reconsiderar la cuestión, y de la insistencia del Parlamento Europeo en resolver la cuestión de la falta de uniformidad de una regla de conflicto a este respecto<sup>1</sup>, dejando al margen las divergencias existentes en las provisiones de los sistemas nacionales de los Estados miembros para poder continuar en esta labor de localización del Derecho aplicable, en tanto que el *statu quo* resulta del todo insatisfactorio.

En este artículo se analizan de manera crítica las distintas propuestas existentes para la consolidación de una norma de conflicto europea uniforme, y se sugiere un nuevo camino para la reforma.

## II. Principios básicos del conflicto de leyes

4. En aquellos supuestos en los que la información es publicada y distribuida en varios Estados, las normas sobre conflicto de leyes persiguen dos objetivos fundamentales: 1) la armonización del resultado en casos similares y 2) la aplicación de la ley de la jurisdicción con mayor conexión<sup>2</sup>. En consecuencia, particularmente en la Europa Continental y en otras jurisdicciones que basan su DIPr en el paradigma savigniano, el punto de partida es que la ley aplicable es la ley del foro más estrechamente conectado a la relación jurídica en cuestión.

---

\* Traducción del inglés a cargo de C.I. Cordero Álvarez (Universidad Complutense de Madrid).

<sup>1</sup> Vid. [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2013-002703+0+DOC+XML+V0//EN>andParliament's resolution P7\\_TA\(2012\)0200](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2013-002703+0+DOC+XML+V0//EN>andParliament's resolution P7_TA(2012)0200) <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0200&language=EN&ring=A7-2012-15>>.

<sup>2</sup> Sobre el origen de esta idea vid. F.C. Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. VIII, 1849, pp. 28, 108 y 120.

Está generalmente aceptado que la identificación de la conexión más cercana se va a realizar tomando como referencia criterios neutros y que en última instancia el objetivo es de aplicar el sistema legal que mejor satisfaga los intereses en pugna de las partes. La particular fuerza del paradigma de Savigny del valor de la neutralidad es que el DIPr es utilizado como un mediador neutro en disputas internacionales donde la ley, la cultura, y los valores son diferentes. De un modo bastante formal esto regula y coordina las cuestiones de la ley aplicable, dejando la diversidad nacional intacta. Estas consideraciones son el mejor ejemplo de principios legales derivados de la lógica del conflicto de leyes desde una perspectiva metodológica y en general estas normas están bien establecidas.

### III. Lecciones desde el Derecho sustantivo

5. Las siguientes consideraciones son, sin embargo, sólo una parte de los principios legales que rigen la metodología de este particular campo del Derecho. Además, todos los conceptos de DIPr generalmente deben estar motivados por los principios y valores del Derecho sustantivo. Ambos tipos de reglas tienen que contextualizarse y debería coordinarse lo más posible.

Tal aproximación es constitutiva, dado que el Derecho sustantivo y las normas de conflicto son parte del mismo sistema legal éste no debería ser contradictorio en y para sí mismo, sino que debería establecer por el contrario un sistema coherente de normas jurídicas. Asimismo, tal consistencia se requiere en relación con las lesiones a la privacidad o a la reputación, particularmente por su carácter de derechos fundamentales en los respectivos sistemas nacionales, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea (CDFUE) y en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en todos ellos se recoge como derecho fundamental de la persona por un lado, el derecho a la intimidad y a la reputación –honor– y, por otro, las libertades expresión e información, que se extiende a las publicaciones de la prensa.

No es necesario en este trabajo realizar un estudio comparativo del núcleo común de los principios de Derecho sustantivo que reglamentan la privacidad y la reputación<sup>3</sup>. Sin embargo, ha de referirse algunos aspectos distintivos en tanto que estos tienen su reflejo en el DIPr.

---

<sup>3</sup> Algunos estudios sobre la materia pueden verse en G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi y P. O'Callaghan (eds), *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge, 2010; H. Koziol y A. Warzilek (eds.), *Protection of Personality Rights against Invasions by the Mass Media*, Viena / Nueva York, 2005; T. Thiede, *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, Viena, 2010.

### 1. *El balance de intereses como Leitmotif*

6. En primer lugar, existe una estrecha relación entre el derecho a la privacidad y al honor y las libertades de expresión e información dentro del específico marco nacional, social y cultura al que las respectivas partes pertenecen. Todos los Estados miembros de la UE mantienen una dinámica relación entre ambos derechos fundamentales. De hecho, en la mayoría de los sistemas únicamente un balance comprensivo de los intereses de las partes involucradas puede determinar si existía realmente un derecho a la privacidad o al honor y si ese derecho fue lesionado por la publicación. En consecuencia, en ningún sistema nacional europeo puede encontrarse una regla que claramente favorezca a la prensa o al perjudicado. En última instancia, siempre requieren un justo equilibrio de los intereses en conflicto para cada caso particular.

### 2. *Atribución predecible del daño*

7. El segundo aspecto de nuestro análisis se refiere a los principios fundamentales del Derecho de daños. Básicamente, en todo los Estados miembros se considera que el principal objetivo del Derecho de daños es compensar totalmente el daño ocasionado. La aplicación de este principio básico es, sin embargo, limitado, toda vez que cualquier daño sufrido únicamente puede ser compensado en la medida que éstos puedan ser imputados suficientemente al causante. Esto es igualmente aplicable a los casos de lesiones a la privacidad o a la reputación. Por ejemplo, si un *paparazzi* fotografía exclusivamente detalles de la vida privada de una persona de público interés y tiene el único propósito de satisfacer morbosos intereses a este respecto, no existiría un interés público sustantivo que pudiera servir como justificación para su publicación. En tal supuesto, habría suficientes razones para sostener la responsabilidad del editor del medio. Sin embargo, si tales fotografías vinieran referidas al ejercicio de funciones oficiales, existiría un interés público sustantivo y cualquier daño debería ser soportado por la presunta víctima<sup>4</sup>.

Ha de señalarse que estas cuestiones esenciales para la imputación de la responsabilidad deben poder ser determinadas por el periodista y por el medio de comunicación antes de la publicación. O mejor dicho, la habilidad del ciudadano para prever la aplicación de las leyes de su país a sus acciones es un principio presente en las constituciones escritas y no escritas de Europa. Desde esta perspectiva, obviamente el legislador sólo puede imponer obligaciones a sus ciudadanos que claramente estén definidas en relación al grado y probabilidad de los

---

<sup>4</sup> *Vid.*, v.gr., STEDH 24 junio 2004: *Caroline von Hannover/Germany* [2004] ECHR 294 (Application No. 59320/00).

efectos. Sólo una regla conocible por adelantado da a ciudadanos la posibilidad de ajustar sus conductas en consecuencia. Cualquier uso imprevisible de una norma supondría una arbitrariedad normativa y oficial.

La idea de un efecto disuasorio –el denominado *chilling effect*– como fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos (TEDH) de cuenta de ello: Si, tal y como ha sido puesto de relieve en varias ocasiones por este tribunal<sup>5</sup>, el potencial efecto disuasivo de una regla de responsabilidad demasiado estricta crea el riesgo de causar la omisión general de un periodismo crítico, cualquier norma de ese estilo es incompatible con el CEDH. De la misma manera, cualquier regla debe ser inaceptable si los medios de comunicación no pudieran esperar su aplicación.

### 3. La percepción del público

8. Estrechamente relacionada con la justificación de interés público está, en tercer lugar, la regla de que el agente causante del daño y la víctima no son las únicas partes interesadas. El interés público (y en consecuencia) la valoración de si la intimidad y la reputación de una persona son dañadas depende, en la mayoría de los sistemas legales europeos, por encima de todo de la evaluación de la situación por la comunidad nacional relevante<sup>6</sup>.

Al mismo tiempo, no es la percepción subjetiva individual de la parte o del periodista o del medio de comunicación la que ha de tenerse en cuenta para evaluar si ha ocurrido o no una lesión a la intimidad y reputación. El interés público como justificación o eximente de responsabilidad se fundamenta en la perspectiva del observador objetivo, razonable, ordinario e imparcial. En consecuencia, es la perspectiva del público del mismo contexto cultural y social el que debería tenerse en cuenta.

### 4. Indivisibilidad del daño inmaterial

9. Ahora bien, la cuestión de cómo debe ser evaluada la intromisión ilegítima, el cálculo y compensación de los daños y perjuicios deben realizarse en relación exclusivamente a la parte perjudicada. La mayoría de los sistemas europeos convienen en que los daños no patrimoniales (esto es, daños morales o daños por dolor y sufrimiento) se conceden como un alivio para la psique y el estado de

<sup>5</sup> A modo de ejemplo, *vid.* STEDH 22 febrero 1989: *Barfod/Denmark* [1989] ECHR 1 (Application No. 11508/85), que establece: “the Court cannot overlook [...] the great importance of not discouraging members of the public, for fear of criminal and other sanctions, from voicing their opinions on issues of public concern”.

<sup>6</sup> “Tout dépend évidemment du public atteint par les exemplaires diffusés”, *cf.* P. Lagarde, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996, p. 501.



ánimo del perjudicado, dado que probablemente los use para comprar comodidades alternativas y placeres. Utilizando un proverbio español: *los duelos con pan son menos*. Y sin duda, en casos de lesiones a la privacidad y reputación, esta pérdida no pecuniaria es el núcleo de la reclamación de la víctima.

En lo que respecta a la cuestión de la indivisibilidad de tales daños no pecuniarios, la lógica normalmente dicta que tales daños son indivisibles, tal y como son la psique y el estado de ánimo del perjudicado para cuyo alivio se conceden<sup>7</sup>.

##### 5. Los efectos del alcance de la distribución

10. Finalmente, el simple hecho de la publicación de una información difamatoria, que a menudo se asocia a la repetición de una acusación ante un gran número de individuos, fácilmente puede crear una falsa imagen de la víctima. Si una declaración falsa es repetida lo suficiente y permanece incontestada, la credibilidad de estas declaraciones irá en aumento en la medida que se repite dentro de la sociedad. Dado el miedo de la mayoría de la gente a las represalias o al aislamiento social, la opinión pública es calibrada en función a la adhesión a las normas sociales. Dado que la capacidad de hablar abiertamente y el discurso social distinguen entre ciudadanos, aquellos cuyas opiniones son públicamente representadas de manera insuficiente probablemente no llegarán a hablar claro y la mayoría (presuntamente) mantendrá el *statu quo* (“la espiral de silencio”).

Los medios de comunicación tienen un enorme impacto sobre cómo la opinión pública es retratada y pueden influenciar decisivamente en la percepción del individuo en aquellos donde la opinión pública se fija. Por consiguiente, la objetividad del público fácilmente puede perderse. Sólo cuando el perjudicado puede responder a tales afirmaciones la posibilidad de una cobertura de medios de comunicación equilibrada estaría asegurada. Únicamente cuando el perjudicado persigue su propio interés particular podrá contrarrestar o contener la extensión de la publicación<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> La triste realidad de los argumentos en este contexto que fuerzan un análisis legal sin sentido es un punto que no ha pasado inadvertido. A este respecto puede citarse la advertencia de Weir en otro contexto: “[...] *the claimant is not half-mad because of what the first defendant did and half-mad because of what the second defendant did, he is as mad as he is.*”; Vid. T. Weir, “The Maddening Effect of Consecutive Torts”, *Cambridge L.J.*, 2001, p. 238.

<sup>8</sup> Vid. D.A. Scheufele y P. Moy, “Twenty-five Years of the Spiral of Silence: A Conceptual Review and Empirical Outlook”, *Int’l J. of Public Opinion Research*, 2000, p. 3–28; D. Fuchs, J. Gerhards y F. Neidhardt, *Öffentliche Kommunikationsbereitschaft: Ein Test zentraler Bestandteile der Theorie der Schweigespirale*, 1991.



#### IV. Propuestas de unificación de una regla de conflicto en el ámbito de la Unión

##### 1. *El estudio de Mainstrat*

11. Dado que no fue posible alcanzar en su momento un compromiso político sobre la cuestión de la ley aplicable a las infracciones transfronterizas de la intimidad y reputación, se recogió en el RR II una cláusula de revisión en su art. 30.2º por la que se solicita un estudio sobre la situación en esta materia. Pese a las iniciales esperanzas existentes al respecto, este estudio no fue realizado por un instituto de investigación público, sino que fue una consulta privada realizada por la firma *Mainstrat*.

El resultado del estudio fue desconcertante<sup>9</sup>. Los autores de este estudio no sugirieron la positivación de una regla de conflicto de leyes. De hecho, trataron de invalidar el evidente problema que existe a través del recurso a la estadística y sugirieron la adopción de una directiva que incorporara una regulación material de los aspectos mínimos esenciales de la protección de intimidad y reputación sobre la base del CEDH y la CDFUE, al constituir estas una unificación de Derecho privado europeo de la intimidad y reputación. Sin embargo, no proporcionaron ninguna propuesta para la elaboración de una eventual Directiva que cubriera tales aspectos mínimos esenciales.

El estudio posiblemente podría ser respaldado en tanto que su fundamentación reside en el hecho de que no existen diferencias sustanciales en la ley, por lo que la solución no tiene porqué ser alcanzada a través de una regla de conflicto de leyes. No obstante, una Directiva de Derecho material sobre los aspectos mínimos esenciales del derecho a la intimidad y la reputación es poco probable por el momento.

12. Los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (siglas en inglés PETL: *Principles of European Tort Law*), que constituyen un proyecto universal comparativo para crear las bases para una futura armonización del Derecho de Daños en la UE –dirigido por el *European Group on Tort Law* (EGTL)–, únicamente mencionan la dignidad humana como un interés protegido en su art. 2:102. En el comentario a los principios se hace referencia a la correspondiente ambigüedad de los derechos de personalidad y en consecuencia en los

---

<sup>9</sup> El estudio comparativo de las situaciones en los 27 Estados miembros en relación con la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad (2009) disponible en <[http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm)>.

PETL no recoge ninguna regla para los supuestos de infracciones a la intimidad y reputación<sup>10</sup>.

La subsiguiente investigación dentro de la UE dirigida a una posible futura unificación de un Derecho privado europeo por el *Study Group on a European Civil Code*, también evitó hacer cualquier declaración clara a este respecto. De conformidad con el art. 2:203 (2) del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) VI., la pérdida causada a una persona como consecuencia del daño a su reputación es sólo legalmente relevante si la ley nacional así lo prevé. En consecuencia, cualquier uso de este artículo posiblemente presupone la existencia de una regla de conflicto que determine la ley nacional aplicable.

En esencia, no se ha intentado aún ninguna unificación del Derecho de daños en relación a la intimidad y a la reputación, lo que forzaría a los redactores de la Directiva sugerida a empezar de cero. Considerando la actitud generalmente vaga en cuanto a los esfuerzos para la unificación del Derecho privado europeo, parece dudosa que tal Directiva alguna vez pueda ser políticamente respaldada.

## 2. La teoría del mosaico

13. En los asuntos *Bier v. Mines de potasse d'Alsace*<sup>11</sup> y *Shevill*<sup>12</sup>, el Tribunal de Justicia estableció que el editor podía ser demandado en el país de su establecimiento por todos los daños causados por la publicación o ante los tribunales de cada uno de los Estados donde tal publicación hubiera sido distribuida y hubiera causado daños. No obstante, en este último caso la acción únicamente podrá instarse en relación con los daños causados dentro de la jurisdicción del foro. A la luz de estas resoluciones, la Comisión Europea inicialmente<sup>13</sup> también ha favorecido esa teoría del mosaico.

En paralelo a las conclusiones del Tribunal de Justicia, la ley del lugar/es de publicación de la información lesiva tendría que aplicarse. Sin embargo, esta última ley/es sólo tendrán relevancia en lo que respecta a la infracción en el Estado miembro de publicación, mientras que la ley del Estado de residencia/establecimiento del editor del medio de difusión se aplicaría a la totalidad de la extensión de la publicación por toda la UE. El concepto de la “Teoría del mo-

<sup>10</sup> Vid. H. Koziol, “Basic Norm”, en European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Viena / Nueva York 2005, pp. 30 ss.

<sup>11</sup> STJ 30 noviembre 1976, as. C-21/76: *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace*, Rec. 1976, p. 1735.

<sup>12</sup> STJ 7 marzo 1995, as. C-68/93: *Fiona Shevill and Others v. Presse Alliance SA*, Rec. 1995, p. I-415.

<sup>13</sup> Cf. Comisión Europea, “Propuesta de Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, de 22 julio 2003, COM (2003) 427 final, p. 11: “The rule entails, where damage is sustained in several countries, that the laws of all the countries concerned will have to be applied on a distributive basis, applying what is known as “Mosaikbetrachtung” in German law.”

saico” representa que si el daño es sustanciado en varios Estados miembros los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros afectados tendrán que ser aplicadas en una base distributiva como pedazos diminutos, de manera que todos juntos completan el dibujo del mosaico, que es la plena compensación.

14. Sin una referencia explícita, esta teoría podría estar motivada por los perjuicios contra el Derecho extranjero y se constituye en torno a los siguientes elementos. La cuestión de si existe y cuándo una infracción de los derechos de personalidad o si está justificada depende en gran medida de la cultura nacional, y ésta puede diferir significativamente incluso dentro de Europa. Un uso distributivo en este sentido podría parecer que encaja perfectamente. Ante la ausencia continuada de un acuerdo general de valores europeos en lo que respecta a la intimidad y la reputación, parece apropiado alejarse lo suficiente de esas diferencias utilizando una aplicación distributiva de leyes nacionales<sup>14</sup>.

Sin embargo, la fragmentación de la ley aplicable como resultado de la teoría del mosaico contrasta significativamente con el desarrollo académico del Derecho conflictual en Europa en los últimos 150 años. Comenzando con Savigny, se llegó al consenso unánime de que ante una multitud de ambiguas conexiones de la disputa con distintos sistemas nacionales, la ley del Estado con el que presente una conexión más estrecha tendría que ser la aplicable a la totalidad de la acción. Como ya fue mencionado, la principal razón de esta aproximación es que el Derecho conflictual es utilizado como un mediador neutral en las disputas internacionales allí donde el Derecho, la cultura y los valores difieren. Al principio del siglo XIX el debate alemán se fundamentaba en las diferencias existentes entre los sistemas legales como argumento, pero en la actualidad ésta no es una característica de ninguna de las aproximaciones contemporáneas. Ciertamente es que los sistemas legales son diferentes y la manera en la que la privacidad y la reputación son concebidas y tuteladas difiere igualmente, pero esto no significa que el sistema legal de cada uno de los Estados afectados marginalmente deban ser tenidos en cuenta. La dimensión cultural de los derechos de la personalidad no es excusa para soslayar la idea de los vínculos más estrechos. De hecho, para permitir tal aproximación ha de fundamentarse en el ya obsoleto principio de territorialidad.

Por consiguiente, existen problemas con la teoría del mosaico cuando se refiere a los daños y perjuicios no pecuniarios concedidos por la infracción de la intimidad y por declaraciones difamatorias. Tal y como se mencionó al comienzo, para tales categorías de daños la situación en el Derecho sustantivo de los Estados miembros es claro: dado que los daños no pecuniarios son concedidos

---

<sup>14</sup> *Vid.*, v.gr., decisión de OLG Hamburg 8 diciembre 1994, *NJW-RR*, 1995, p. 792.

para el alivio del estado de ánimo unitario del perjudicado, estos son también unitarios e indivisibles. Consecuentemente, en el contexto del Derecho conflictual, tales daños difieren proporcionalmente en función del número de veces de difusión de la publicación controvertida.

15. No obstante, una publicación degradante difundida en múltiples países causa únicamente una infracción de los sentimientos de la víctima y, por lo tanto una única indemnización por daños y perjuicios. La psique y el estado de ánimo de perjudicado se alivian sólo una vez y no siempre la misma publicación aparece en un país diferente. Esto es, la comodidades alternativas y placeres para los cuales se conceden daños y perjuicios no pecuniarios son evaluados sólo una vez y por un único sistema legal.

Reincidiendo en tal imposible fragmentación, es posible también dudar de la viabilidad general de este concepto en casos más realistas donde una publicación difamatoria es distribuida no sólo en dos o tres Estados miembros europeos, sino en muchos más. A primera vista la decisión del Tribunal de Justicia en *Shevill* puede proporcionar alguna ayuda, al establecer que la infracción en su conjunto pudiera ser compensada en el lugar del domicilio o establecimiento del medio de comunicación.

Si la teoría del mosaico se aplica, contrariamente a las buenas intenciones del Tribunal de Justicia, el tribunal del Estado del domicilio del medio de comunicación tendrá que aplicar las leyes de todos los países donde la publicación fue distribuida para la respectiva lesión en cada uno de ellos. En otras palabras, el juez del establecimiento del medio debe aplicar todas y cada una de las leyes donde la publicación fue difundida para evaluar los daños y perjuicios sufridos por la víctima. Esto incluye la determinación de la pérdida de reputación territorialmente, es decir evaluar si y en qué medida el estatus del perjudicado ha bajado y si estaba justificado según la ley nacional de ese Estado miembro. En estos casos habría de evaluarse si y en qué medida un daño inmaterial ocurrió en el respectiva Estado miembro y cómo tal sufrimiento se alivia allí. Teniendo en cuenta las diferencias de cada jurisdicción y cada dominio protegido debido a motivos culturales, políticos y socio-jurídico así como la existencia de técnicas de codificación divergentes, esta tarea es tan hercúlea que no debería corresponder a los jueces. Sinceramente cabe dudar si de la práctica alguna vez podría resultar este estándar exacto jurídica y fácticamente<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Hasta ahora ningún tribunal de Estado miembro europeo ha empleado la teoría del mosaico a este respecto. Sobre experiencias en EE UU *vid* entre otras, *Hartmann v. Time, Inc.*, 166 F.2d 127 (3rd Cir. 1948): “[...] we must treat [...] the place where publication occurred as covering the United States and the civilized countries of the world” and the comment by W.L. Prosser, “Interstate Publication”, *Mich. L.*

En casos con una importante distribución de la publicación, el juez no va a aplicar todas las leyes respectivas, esencialmente porque no puede. Por consiguiente, el juez, posiblemente, estimará la ilicitud de la conducta y los daños y perjuicios en conjunto y posteriormente extrapolará tanto la conducta ilícita local como daños y perjuicios locales según el grado de diseminación en los países respectivos. Una alternativa posible sería que el perjudicado instara su acción únicamente respecto del daño causado dentro de la jurisdicción del Estado miembro en cuestión<sup>16</sup>. Desde luego, de tal modo el perjudicado ni alcanzará la plena compensación ni tendrá que perseguir sus reclamaciones ante los tribunales en todas partes de Europa.

16. Cabe argumentar una última crítica contra la aplicación de la teoría del mosaico en los supuestos normales, donde el *paparazzo*, el periodista y el redactor jefe conjuntamente contribuyen a la publicación de la información lesiva –pluralidad de responsables–. Si para uno de los causantes se solicita la responsabilidad personal y este pretende que se determine la misma para los cómplices en el perjuicio, tendrá problemas significativos. Según el art. 20 RR II, la reparación interna –resarcimiento– en caso de responsabilidad múltiple se rige por la ley aplicable a la reclamación original. Por consiguiente, la misma multiplicidad de leyes aplicables para la demanda originaria debería aplicarse a la restitución entre co-responsables. Hay que tener en cuenta que tal reparación tiene un tratamiento distinto en todos los Estados Miembros, que va desde una responsabilidad proporcional a una total exclusión de tales reclamaciones. Por consiguiente, salvo que únicamente fuera aplicable una ley a la reclamación original, una acción de reparación coherente entre responsables parece imposible.

El conflicto de leyes basado en la teoría del mosaico no puede realizar su propio estándar dogmático para la evaluación de la ilicitud de la conducta o de los daños y perjuicios. Siempre que el perjudicado quisiera ser compensado en conjunto por la publicación, internacionalmente distribuida, o el juez en el domicilio/ establecimiento del medio de comunicación debe apartarse de la aproximación dogmáticamente sana del conflicto de leyes para “adivinar” el perjuicio apropiado y los daños y perjuicios correspondientes o el perjudicado se le permite demandar en múltiples países o sólo para la compensación parcial. Finalmente, el deseo de la simple reparación interna entre múltiple responsables sería en cualquier caso completamente corrompido.

---

Rev. 1993, p. 973: “*That way madness lies*”; y J. Learned Hand en *Mattox v. News Syndicate Co, Inc*, 176 F.2d 897, 900 (2nd Cir. 1949): “[...] *in application it would prove unmanageable*.”

<sup>16</sup> *Vid. v.gr.*, Sentencia del Tribunal de Grande Instance Nanterre de 18 septiembre 2012, *Catherine Elizabeth Middleton et a. c/ Sas Mondadori Magazine France et a, L'Égipresse*, octubre 2012, nº 298.

### 3. La aplicación alternativa de varios ordenamientos

#### A) Por elección de la víctima

17. En respuesta, cierta doctrina<sup>17</sup> han abogado por una presunción general a favor de permitir a la parte perjudicada elegir la ley aplicable entre la ley de establecimiento del editor y la ley del lugar de difusión. Los criterios de conexión propuestos por el Tribunal de Justicia deberían mantenerse pero la víctima tendría que elegir únicamente uno de ellos, esto es, sólo sería de aplicación una única ley.

En cierta medida esta aproximación fue aceptada por el Tribunal de Justicia para publicaciones online. En *eDate*, el tribunal permitió al demandante tres opciones para determinar el tribunal competente: 1) para el ejercicio de una acción para la totalidad de los daños causados ante el tribunal del lugar de establecimiento del editor; 2) ejercitar la acción ante los tribunales de cada uno de los Estados miembros en los que contenido fue físicamente distribuido por el daño ocurrido dentro de su jurisdicción; y 3) sólo para publicaciones online, ante los tribunales del Estado miembro en el que la víctima tiene su centro de intereses, que generalmente coincidirá con su residencia habitual.<sup>18</sup> Paralelamente a las conclusiones del Tribunal de Justicia y traduciéndolo a una norma de conflicto, esto podría entenderse como una posibilidad de elección para la víctima entre la teoría del mosaico y su residencia habitual.

Ambas soluciones pueden ser adecuadas. Esto es, en parte, dado que la fragmentación de la ley aplicable que podría resultar de la doctrina del mosaico estaría descartada (al menos en parte) y también porque sólo la ley de un Estado miembro sería aplicable, lo que aliviaría la carga del juez, reflejaría correctamente la uniformidad de los daños y perjuicios no pecuniarios y permitiría una reparación interna sencilla entre múltiples responsables. No obstante, el concepto de Derecho sustantivo del equilibrio de intereses en conflicto: del agente del daño y de la víctima, podría ser ignorado, dado que ambas aproximaciones toman en consideración únicamente los intereses de una de las partes: de la presunta víctima. Parece excesivo que sólo una de las partes tuviera la posibilidad de preferir sus intereses sin ninguna justificación adicional.

<sup>17</sup> Vid. G. Hohloch, "Art. 40 EGBGB", en *Erman, Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. II, 12ª ed., Colonia, 2008, párr. 53; F. Vischer "Art. 139 IPRG", en *Zürcher Kommentar, IPRG*, 2ª ed., Zürich 2004, párr. 12; A.F. Schnitzer, "Gegenentwurf für ein schweizerisches IPR-Gesetz", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1980, p. 314; K. Siehr, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zürich, 2002, p. 378.

<sup>18</sup> STJ, asuntos acumulados C-509/09: *eDate Advertising GmbH v. X* y C-161/10, *Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited*.



#### B) Por la técnica de los medios de publicación

18. Finalmente, es posible vincular la opción del perjudicado a una diferenciación puramente técnica entre la publicación física y la publicación online, tal y como ha establecido el Tribunal de Justicia para identificar el tribunal competente, aunque es bastante raro ante un escenario común de distribución del mismo contenido tanto en medio impreso como online. De conformidad con la doctrina *eDate* traducida al conflicto de leyes, únicamente una ley nacional resultaría de aplicación a la reclamación de la víctima por la totalidad de los daños producidos por la publicación online, mientras que la acción por reclamación por los daños producidos por la publicación en el medio impreso estaría limitado al daño sufrido de conformidad con otra ley. En casos menos claros esta aproximación obviamente crearía el riesgo de sentencias contradictorias para un contenido literalmente idéntico.

#### 4. Identificación de una única conexión

19. Tal y como ha quedado expuesto previamente, una aplicación alternativa o distributiva de múltiples leyes no proporciona un mecanismo adecuado para solventar atentados transfronterizos de la intimidad y el honor. En cambio, una solución viable para solventar los defectos referidos podría ser la aplicación de una única ley, identificada mediante el principio de los vínculos más estrechos, y calculada mediante la evaluación de los elementos relevantes de cada caso individual. Entre esos elementos de evaluación estarían los siguientes:

##### A) Residencia habitual de la víctima

20. El borrador presentado por el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (*European Group for Private International Law*, EGPII)<sup>19</sup>, la propuesta preliminar de la Comisión Europea (2003)<sup>20</sup> y, a menor nivel, la sentencia del Tribunal de Justicia en *eDate* y la Propuesta del Parlamento Europeo<sup>21</sup> han debatido en general sobre la aplicación de la ley del estado de la residencia habitual de la víctima. La aplicación de esta ley resulta conveniente a primera vista. Una suposición general de que el resultado de una invasión de los derechos de personalidad está típicamente dentro de la consideración general del domicilio del perjudicado no resulta inapropiada. Además, cuatro intereses fundamentales de la víctima estaría mejor cubiertos y representados en su residencia habitual.

<sup>19</sup> Disponible en <<http://www.gedip-egpil.eu>>.

<sup>20</sup> Art 7 COM 2003 427 final, 2003/0168 (COD).

<sup>21</sup> Informe con recomendaciones para la Comisión para la revisión del Reglamento (CE) n° 864/2007 sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) 2009/2170 (INI), p. 8.



En primer lugar, El perjudicado estará familiarizado con las reglas y el ordenamiento jurídico (al menos en los términos del no jurista). En segundo lugar, la víctima tiene el interés de mantener su buena consideración dentro de su entorno social, lo que será respetado aplicando la ley de su residencia habitual. El centro principal de tales acciones es remediar una pérdida de reputación, en este sentido parece natural centrar estos conceptos legales, morales y culturales cristalizados en el domicilio del perjudicado. La aplicación de la ley de residencia habitual de la víctima también estaría respaldada por la sociedad nacional, dado que los ciudadanos nacionales no serían juzgados según normas extranjeras. En tercer lugar, es razonable evaluar los daños y perjuicios no pecuniarios del perjudicado según las normas en su residencia habitual, porque la restitución de daño será realizada en este país. En consecuencia, los precios de mercado allí serán decisivos en la evaluación de los daños y perjuicios, dado que las comodidades y placeres alternativos probablemente serán comprados en el domicilio del perjudicado. En cuarto y último lugar, en muchos casos es una ventaja clara que el domicilio de la víctima es un criterio de conexión que determina una única ley aplicable, representando correctamente la uniformidad de los daños y perjuicios no pecuniarios.

21. No obstante también puede referirse argumento en contra del empleo del punto de conexión residencia habitual. La aplicación de esta ley para aquellos casos en los que el perjudicado únicamente tiene un domicilio formal en un país pero no está integrado en la comunidad local. Estas consideraciones son más evidentes en el caso de las figuras públicas o celebridades, pues estas personas tienden a tener múltiples domicilios en Estados diferentes y –como cabe esperar, debido a su estilo de vida o por su profesión– alternan entre ellos. La suposición de que los intereses del perjudicado inseparablemente están unidos a su domicilio simplemente no refleja los modos de vivir itinerantes de las personas de público interés.

Además, el concepto de Derecho sustantivo de ponderación de intereses en conflicto milita en contra de un cambio a un criterio que se centra únicamente en la víctima. La aplicación de la ley del domicilio del perjudicado no es intrínsecamente más justa que la aplicación de la ley del establecimiento del medio de publicación o, de hecho, de otros países de distribución. Los intereses de los medios de comunicación solo se toman en consideración considerados después de que se da ventaja al perjudicado sobre qué ley es aplicable. La idea de que una sociedad nacional tiene un fuerte interés en aplicar su moralidad y sus normas jurídicas a cada uno de sus ciudadanos otra vez revela un único criterio centrado en el perjudicado, aun cuando la sociedad en la que el medio de comunicación tenga su establecimiento tenga los mismos intereses.

Ahora bien, estas no son meras objeciones dogmáticas. El uso exclusivo de la ley de residencia habitual del perjudicado conducirá a dificultades irrazonables para cualquier empresa de medios de comunicación con cobertura seria de asuntos internacionales, pues tendría que someterse a una multiplicidad enorme de leyes. Por consiguiente, la empresa de medios de comunicación estaría obligada a investigar a fondo la ley del Estado de residencia de cada una de las personas sobre las que informe.

Además de los enormes gastos de investigación de las leyes extranjeras, tal aproximación inevitablemente conduciría a situaciones donde la cobertura crítica de información sería imposible allí donde tal reportaje no estuviera permitido por la ley nacional. Si tal regulación de la prensa libre existiera podría resultar aplicable esa ley restrictiva aún cuando la empresa de medios de comunicación hubiera respetado todas las normas de periodismo establecidas en la ley en su domicilio. Por consiguiente, el uso de la ley de la residencia habitual del perjudicado obviamente plantearía un impedimento significativo a la libertad de los medios de comunicación.

#### B) Establecimiento del editor

22. La aplicación de la ley del domicilio del medio de comunicación obviamente recoge el último argumento referido relativo a la restricción de la libertad de los medios. La ley de la sede estatutaria, la administración central o su centro de actividad principal, resulta clara para los periodistas de la empresa, fotógrafos, y consultores legales. Así, este criterio de conexión comprende la necesidad de que la responsabilidad –el fundamento para la imputación de daño– debe ser determinada por el periodista y por el medio de comunicación antes de la publicación. Como ya ha sido referido, cualquier aplicación imprevisible de una ley conduce a la arbitrariedad normativa y oficial, denominada por el TEDH en el área de libertad de los medios de comunicación como el “*chilling effect*” (efecto disuasorio). Si, tal y como ha enfatizado en varias ocasiones el TEDH, el potencial efecto disuasorio de una regla de responsabilidad demasiado estricta pone en riesgo el peligro de la desaparición general del periodismo crítico, cualquier norma de ese tipo es incompatible con el CEDH.

En consecuencia, cualquier regla cuya aplicación sea imprevisible debe ser incompatible si el medio de comunicación no pudiera prever su aplicación. El mismo argumento se aplica cuando existe una norma de conflicto que remite a una ley nacional que resulta imprevisible. Cuando el imprevisible ordenamiento nacional al que remite tiene unos estándares más rigurosos que los previstos en los sistemas nacionales de los países de probables y previsibles de distribución, la seguridad jurídica es (doblemente) lesionada. Sin embargo, la aplicación de la

ley de la residencia habitual del perjudicado y de la ley de sede estatutaria de la empresa del medio de comunicación son los dos lados de la misma moneda —el criterio de conexión toma consideración sólo los intereses de una parte—. Así, las legítimas expectativas del perjudicado centran su protección en aquél país donde participa en el discurso público y, en ese sentido, exponen sus derechos e intereses ante la potencial infracción.

Más allá de la necesidad de la imputación previsible de daño, no existe ningún argumento convincente para tratar los intereses del perjudicado susceptibles de compensación de distinta manera —inferior— que a otros intereses. Parece extraño condicionar los intereses de las víctimas a los intereses del responsable causante al grado de que el estándar último de responsabilidad determine incluso el derecho a la compensación

## V. Centro de gravedad del conflicto

23. El anterior análisis demuestra que intentar aislar un único criterio para localizar la ley aplicable para todo el proceso es un ejercicio infructuoso y en última instancia injusto; ningún factor de conexión puede alcanzar la justicia material deseada en todas las situaciones posibles. No obstante, los sistemas que incorporan varios factores o criterios de conexión podrían establecerse, aquellos que en esencia establecen un centro de gravedad así como los vínculos más estrechos.

### 1. Metodologías

#### A) Razonamiento deductivo y referencias subsidiarias

24. Un punto de partida podría ser formular simplemente varias condiciones para poder localizar la ley con la que tienen los vínculos más estrechos. Cualquier regla puede ser analizada y replanteada como una declaración compuesta condicional en la forma “si X, luego Y”. La segunda parte (“luego Y”), comúnmente conocida como *apodosis*, es preceptiva y para nuestro objetivo es evidentemente clara. Esto es, la ley con la que presenta los vínculos más estrechos y, en consecuencia, prescribe una única ley aplicable. La primera parte, (“si X”), la *protasis*, indica el alcance de la regla designando las condiciones en las que la regla se aplica. Una solución podría ser una *protasis* de varias condiciones para localizar una específica ley aplicable. Tal *protasis*, por etapas, excluiría aquellos sistemas legales que tuvieran una conexión mínima con el caso o ninguna en absoluto.

### B) Un sistema flexible

25. Al mismo tiempo, cabe abogar por una aproximación más flexible. Los sistemas legales europeos confían en un equilibrio comprensivo de los intereses de ambas partes para la determinación de si existe un derecho a la intimidad o la reputación y, en su caso, si este derecho fue infringido. Inevitablemente, tal equilibrio comprensivo puede aplicarse al correspondiente conflicto de leyes. En otras palabras, no se formularía una *protasis* neta, sino únicamente el juego de los distintos elementos a tomar en consideración que prescribiría la *protasis*.

Esta metodología no es una innovación revolucionaria en el ámbito del conflicto de leyes. De hecho, esta metodología ya estaba presente en distintos regímenes anteriores al RR II. Por ejemplo, esta es la posición británica para determinar la ley aplicable en esta materia según la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* de 1995. Sec. 11 que establece:

*“Where elements of those events [torts] occur in different countries, the applicable law under the general rule is to be taken as being [...] the law of the country in which the most significant element or elements of those events occurred”.*

### C) Rasgos comunes

26. El objetivo buscado por ambas soluciones es aplicar la ley con la conexión más cercana al caso o centrándose en un juego de condicional fijo, utilizando claros factores de conexión condicionales o evitando una estructura demasiado rígida. Ambos sistemas son apropiados para tener en cuenta mejor los rasgos complementarios de los criterios de conexión adicionales, así se consigue el equilibrio de intereses de todas las partes. Ambas aproximaciones deben explícitamente identificar todos los factores relevantes en cada caso y, en el supuesto de un sistema flexible, determinar el peso de estos elementos según su importancia. En última instancia, la ley determinada, que es la ley con los vínculos más estrechos, debería reglamentar todo el caso.

## 2. Elementos

### A) La percepción del público

27. Como ha quedado demostrado, el objetivo de aplicar sólo una única ley para todo el caso, aquella más vinculada con el caso, no produce un resultado convincente cuando se aplica automáticamente la ley de lugar de establecimiento del medio o del perjudicado. Sin embargo, el responsable y la víctima no son las únicas partes interesadas. Un paradigma clave en Derecho sustantivo establece que la evaluación de si realmente la intimidad y la reputación de una persona son

dañadas depende en particular de la comunidad nacional particular que evalúa la situación controvertida. En consecuencia, cómo la publicación difamatoria es percibida por el gran público en el respectivo Estado de la publicación también debe jugar un papel crucial para la regla de conflicto. La referencia al lugar donde el público debe considerar que una publicación ha violado o no la reputación o la intimidad de un individuo parece un punto de partida adecuado, dado que no favorece el interés de ninguna de las partes y no puede ser fácilmente manipulado por ninguna de ellas.

Sin embargo, el *quid* de la cuestión, esto es, aplicar sólo una ley, mantiene la cuestión de si una publicación fue extensamente distribuida. Al menos en el primer mundo, el simple número de leyes potencialmente aplicables de Estados donde la publicación fue distribuida probablemente sobrecargue a cualquier proveedor de noticias importante. Por lo tanto, en cualquiera de las aproximaciones un elemento adicional debe ser introducido al objeto de localizar una única ley aplicable.

#### B) Previsibilidad de la ley aplicable

28. Una condición necesaria de cualquier norma de conflicto debería ser que únicamente pudieran remitir a aquellos sistemas legales previsibles de aplicación para el eventual demandado. Al igual que el Derecho sustantivo requiere criterios previsibles para imputar una lesión de la intimidad y la reputación a los medios de comunicación, la norma de conflicto debería requerir el elemento adicional de previsibilidad para justificar la aplicación de una ley distinta que sostenga la responsabilidad última.

Dos consideraciones pueden aducirse contra tal previsibilidad de la ley aplicable.

En primer lugar, la intimidad sustancial del Estado miembro y las leyes de difamación generalmente imponen la responsabilidad sólo cuando la publicación es intencionada o previsible. Por consiguiente, es discutible que la previsibilidad sea necesaria en el conflicto de leyes. El hecho de que los sistemas legales europeos legales no aseguren la evaluación objetiva ni subjetiva de tal previsibilidad juega en contra de su “subsecuente” aplicación. La conducta del responsable será evaluada en referencia a una persona objetiva ordinaria, que en este caso son las típicas habilidades profesionales de los periodistas. El estándar subjetivo plantea si una conducta diferente debía ser esperada por este determinado periodista en esta determinada situación. De tal manera que dependiendo del estándar relevante en el Estado de la publicación los resultados en cuanto a la imputación de la responsabilidad pueden variar, de forma que interfiere en el paradigma del conflicto de leyes de alcanzar una armonía de resultados en casos similares.

Además, tal aproximación es poco práctica. Esto implicaría inicialmente la aplicación de la ley de un Estado miembro sólo para posteriormente descubrir que conforme a la ley dicha la imputación de responsabilidad era en última instancia imprevisible. Innecesarios e ingentes costes económicos y de tiempo podrían evitarse así como las posibles carencias en la investigación de las eventuales leyes extranjeras.

En segundo lugar, en la Sentencia *eDate* el Tribunal de Justicia rechazó tal aproximación en relación con las publicaciones online. El tribunal sostuvo a que “los contenidos pueden ser consultados [...] con independencia de cualquier intención de su emisor relativa a su consulta más allá de su Estado miembro de residencia y fuera de su control”<sup>22</sup>. Con el mayor respeto, el tribunal de justicia tiene los “pies digitales de arcilla”, dado que esta declaración no hace caso de la realidad técnica actual de los medios de comunicación en línea. La mayor parte de las redes, incluyendo todos los ordenadores en Internet, usan el protocolo TCP/IP como estándar para comunicarse en red. En el protocolo TCP/IP, el único identificador para cualquier ordenador es la denominada dirección de Protocolo de Internet (la dirección IP). Los ordenadores usan este identificador único para enviar datos a otros ordenadores específicos en la red. Dado que cualquier sitio web tiene una dirección IP única, el usuario proporciona su propia dirección IP solicitando el contenido del sitio web en cuestión. En este sentido, los medios de comunicación utilizan los datos del usuario. Por ejemplo, cuando se visitan algunos sitios web la mayor parte de usuarios habrán notado que se abren anuncios de bienes o servicios directamente o que una página específica o la información allí están bloqueadas. Esta publicidad o bloqueos son conocidos como el *geo-targeting* y se realiza mediante el análisis de la posición de la dirección IP del usuario o analizando los saltos en una ruta de rastro de la dirección IP del usuario<sup>23</sup>.

Ahora bien, la información recogida se centrará únicamente en la posición geográfica del Proveedor de servicios online del usuario (*Internet Service Provider: ISP*)<sup>24</sup>. Sin embargo, como estos proveedores típicamente existen a nivel

<sup>22</sup> As. *eDate*, cit., ap.45.

<sup>23</sup> Plenty of more sophisticated tools are available, v.gr. Google Analytics.

<sup>24</sup> La Autoridad para la Asignación de Números de Internet (siglas *IANA: The Internet Assigned Numbers Authority* <<http://www.iana.org/>>) delega la asignación del paquete de direcciones IP a los Registros Regionales de Internet (*Regional Internet Registries, RIRs*), para Europa al *Réseaux IP Européens Network Coordination Centre* (RIPE NCC) (see <<http://www.ripe.net/>>), que subsecuentemente distribuye los paquetes de direcciones a los Registros Locales (*Local Internet Registries: LIR*). Los Registros Locales (como son Proveedores de servicios de Internet, empresas o instituciones académicas) asignan la mayor parte de estos paquetes a sus propios consumidores. El RIPE proporciona una base de datos pública que contiene los detalles de registro de las direcciones IP originariamente asignadas a miembros por el RIPE NCC. La base de datos proporciona la información que las organizaciones o individuos actualmente tienen sobre el número de Internet, cuando fueron hechas las asignaciones fueron y los detalles de contacto, *Vid.* <<http://www.ripe.net/data-tools/db>>.



nacional, incluso la forma más rudimentaria de *geo-targeting* será capaz de identificar el país del usuario y así podría en consecuencia permitir o negar el acceso<sup>25</sup>. Así, es posible identificar una dirección específica o excluir un público nacional determinado para hacer que la aplicación de la ley de un Estado miembro sea previsible<sup>26</sup>.

29. En consecuencia, el término “previsible” necesita ser caracterizado dentro del conflicto de leyes, una cuestión que no puede ser tratada aquí en detalle. No obstante, estudios comparativos revelan que tanto en la mayoría de sistemas legales europeos como en el Derecho derivado europeo se favorece una aproximación objetiva junto con una evaluación abstracta del comportamiento<sup>27</sup>. Por consiguiente, el concepto autónomo de caracterización empleado por el Tribunal de Justicia, según el cual a los conceptos en el conflicto de leyes “debe dárseles un significado autónomo, sacado [de...] los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales”<sup>28</sup>, conducirá sin duda a la utilización de un estándar objetivo. De este modo, la cuestión de si el periodista fue capaz de prever la imputación de responsabilidad en el extranjero va ser evaluada más objetivamente, que si se utiliza el criterio de las habilidades típicas ocupacionales del grupo de periodistas.

Si bien, en el mundo de los medios de comunicación modernos es claro que cualquier prueba basada en la percepción previsible del público seguirá causando la aplicación de múltiples leyes, como es el caso de las publicaciones *online*. En consecuencia, localizar una única ley aplicable debe implicar la evaluación de un factor de conexión adicional adecuado que permita la individualizar uno de esos sistemas potencialmente aplicables.

### C) Las conexiones sociales del perjudicado

30. El sistema legal en el que el perjudicado reside habitualmente está entre los ordenamientos donde el público previsiblemente concibió la publicación, este hecho se toma como un factor de conexión adecuado. En primer lugar, una parte significativa de las consecuencias lesivas de la infracción de la privacidad

---

<sup>25</sup> Para todas las páginas web que utilizan el servidor Apache HTTP (actualmente más del 50% de los servidores de todo el mundo) es extremadamente sencillo denegar a los visitantes de determinados países el acceso al sitio web con dos sencillos comandos (“denegar, permitir el acceso”) en el *.htaccess*-file.

<sup>26</sup> Se considera aquí que la evitación del contenido bloqueado en un sitio web con la ayuda de servidores proxy o IP-spoofing sería equivalente al *fraus legis* y en consecuencia, debería ser imprevisible.

<sup>27</sup> Vid. P. Widmer, “Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of Imputation”, en P. Widmer (ed.), *Unification of Tort Law: Fault*, Viena / Nueva York 2005, pp. 347 ss, No. 39 ss; M. Kellner, “Comparative Report”, en H. Koziol y R. Schulze (eds.), *Tort Law of the European Community*, Viena / Nueva York, 2008, p. 564, n° 22/19.

<sup>28</sup> STJ, as. C-29/76: *LTU Lufttransportunternehmen v. Eurocontrol*, Rec. 1976, p. 1541.



o de la reputación ocurrirá dentro del ambiente social de la víctima, allí donde sea. Dado que el objetivo principal de la acción debe ser remediar el daño causado a la reputación del perjudicado en los ojos de sus contemporáneos, parece adecuado centrarse en el lugar del domicilio. Además, este factor de conexión representa de manera simple el lugar donde la víctima mantiene su significativa conexión social. Tal conexión también puede incluir el país en el cual la familia del perjudicado vive o donde el mayor número de contactos profesionales radiquen<sup>29</sup>. En segundo lugar, para respetar suficientemente los medios de comunicación, debe atenderse a la compensación de la víctima. Parece adecuado evaluar los daños no pecuniarios del perjudicado según las normas de su residencia habitual, porque la restitución de daño posiblemente será realizada en este país. Desde esta perspectiva, los precios de mercado existentes en ese país serán decisivos para la evaluación de daños dado que las comodidades y los placeres sustitutivos probablemente serán adquiridos en el domicilio del perjudicado.

Ahora bien, en los supuestos en los que los cambios de domicilio sean frecuentes o se trate de persona con reputación internacional la suposición de la conexión entre el perjudicado y un entorno social particular identificable no existe o puede ser difícilmente determinable o puede ser completamente arbitrario. Además, cualquier aproximación basada en el razonamiento deductivo, *v.gr.*, la exclusión subsidiaria de sistemas legales está limitada en aquellos supuestos en los que el público fundamental al que va dirigida la información potencialmente difamatoria está localizado en otros países distintos del domicilio de la víctima<sup>30</sup>. En estos casos el domicilio del perjudicado no puede ser aplicado como un criterio de conexión subsidiario para localizar una ley aplicable de entre los Estados de difusión. En consecuencia, no es posible formular una *protasis* que recoja ambas condiciones.

#### D) Alcance de la publicación

31. Una aproximación alternativa que puede resultar adecuada sería centrarse en el grado de distribución en varios sistemas<sup>31</sup>. La ley del país en el que se ha producido la mayor distribución de la publicación puede resultar la más apro-

<sup>29</sup> En esta línea puede verse, a modo de ejemplo, la decisión del Tribunal Supremo Austríaco de 8 Ob 235/74, *Juristische Blätter*, 1976, p. 103.

<sup>30</sup> *Vid.*, *v.gr.*, el caso de Kurt Waldheim, Secretario General de Naciones (1972–1981) y Presidente de Austria (1986–1992), que fue acusado por los medios norteamericanos por sus servicios como oficial de inteligencia en el Wehrmacht durante la segunda Guerra Mundial y sin embargo fue elegido para representar su país. Durante todo su mandato como presidente austríaco, Waldheim y su esposa Elisabeth fueron oficialmente considerados como personas *non gratae* por los EE UU. *Vid.* J. von Hein, *Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht*, Tübinga, 1999, p. 335.

<sup>31</sup> *Vid.* P. Lagarde, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996, p. 501: “*Tout dépend évidemment du public atteint par les exemplaires diffusés*”.

piada, dado que la víctima podrá satisfacer sus propios intereses y también se satisface una más amplia función social. Como ya fue referido anteriormente, para evitar la persistencia de una falsa imagen del perjudicado debido a la repetición de la información potencialmente lesiva mediante su difusión y garantizar una cobertura de información equilibrada por los medios es necesario que el perjudicado pueda contrarestrar tal repetición. Persiguiendo los propios intereses en el Estado de la mayor distribución, esta espiral de silencio podría evitarse mejor y, en general, el impulso de difusión internacional podría ser revocado.

De nuevo, en la sentencia *eDate* el Tribunal de Justicia reveló una laguna de conocimiento judicial en relación con la sociedad de la información cuando indicó que el grado de distribución es técnicamente imposible de cuantificar con respecto al contenido en línea<sup>32</sup>. Al contrario, los instrumentos de geo-localización ya referidos muestran que existe información suficiente en sitio web de servidor de acceso para determinar la localización de los usuarios de acceso, tales datos son esenciales para el *marketing online*. Sin embargo, hay límites a esta aproximación. Si la publicación potencialmente difamatoria es distribuida de manera muy escasa en un país donde el perjudicado tiene conexiones sociales sumamente significativas, con esta aproximación posiblemente la ley de dicho Estado no vaya a aplicarse. Por ejemplo, si la víctima mantiene contactos profesionales de relevancia en un sistema determinado y pese a que allí la distribución de la información controvertida es muy limitada, los eventuales socios de negocios sí tuvieron acceso a dicha información, de tal manera que la no aplicación de ese Derecho podría causar una restricción inadecuada a favor del demandado<sup>33</sup>. De nuevo, una *protasis* que incluyese todas las condiciones fallaría.

### 3. Conclusiones

32. Resulta claro que una regla condicional adolece de rigidez que puede conducir a supuesto de injusticia material en determinados casos. Por consiguiente, habiendo identificado los defectos del uso de las reglas de conflicto demasiado rígidas, se aboga por una solución más adaptable para los supuestos de lesiones transfronterizas del honor y la intimidad. A estos efectos se sugiere como solución más adecuada un sistema flexible basado en el análisis de todos los elementos relevantes:

Si la publicación fuera accesible en múltiples países, sería aplicable la ley del país con mayor conexión –vínculos más estrechos–. Utilizando la conexión más cercana –centrándose significativamente en elementos objetivos– se consigue

<sup>32</sup> As. *eDate Advertising*, cit., ap. 45.

<sup>33</sup> Vid. OGH (Austrian Supreme Court) 8 Ob 235/74, cit.; G. Wagner, “Ehrenschaft und Pressefreiheit im europäischen Zivilverfahrens- und Internationalen Privatrecht”, *RabelsZ*, 1998, p. 276.

una solución equilibrada y fiable, toda vez la imparcialidad y la previsibilidad son los principios fundamentales y esenciales de cualquier sistema legal para la legitimidad de la ley.

En primer lugar, la imparcialidad normalmente pasa por aplicar la ley del país donde el público percibió la publicación, dado que esto no favorece los intereses de ninguna de las partes y no puede ser fácilmente manipulado por ninguna de las partes. Una regla flexible en este sentido sería:

*Cuanto más un Estado representa el público que percibe la publicación o la difusión, más debería ser aplicada la ley de ese Estado.*

En segundo lugar, la previsibilidad de la aplicación de estas leyes debe fundamentarse en la prueba de si el medio de comunicación demandado de manera ordinaria y objetiva podría prever que el público en otro Estado percibiría la publicación. Una segunda regla flexible en este sentido sería:

*Cuanto más objetivamente previsible sea la percepción del público de un Estado para el medio demandado, más debería ser aplicable la ley de ese Estado.*

En tercer lugar, la conexión social del perjudicado entonces sería evaluada, estableciendo el grado y el tipo de daño sufrido. Esto se traduce en una tercera regla flexible:

*Cuanto más uno de los Estados donde previsiblemente el público percibe la publicación o difusión representa las conexiones sociales, especialmente la residencia habitual del perjudicado, más debería ser aplicada la ley de ese Estado.*

Finalmente, la naturaleza y la cantidad de la distribución de la publicación en cada sistema legal deben ser también evaluadas. Una regla final flexible en este sentido sería:

*Cuanto mayor es la difusión de la publicación entre los Estados donde previsiblemente el público percibió la publicación, más debería aplicarse la ley de ese Estado.*

Igualmente podría establecerse esta regla en negativo:

*La aplicación de una ley nacional tiene que ser más descartado cuanto menos este sistema legal representa la percepción por el público de la publicación o la difusión controvertida, cuanto menos la aplicación de esta ley era objetivamente previsible para el medio de comunicación demandado, cuanto menos este sis-*

*tema representa la conexión social del perjudicado y cuanto menos esta publicación o difusión fueron distribuidas en este sistema legal.*

Finalmente, con la vista puesta en el RR II y dando más peso a la percepción del público y la previsibilidad para el medio de comunicación demandado, podría formularse otra regla igualmente conveniente:

*En el caso de obligaciones no contractuales derivadas de violaciones a la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad, incluyendo la difamación, se aplicará la ley del Estado donde la percepción del público de la publicación o la difusión controvertida era objetivamente previsible para el demandado. Si la publicación o la difusión fueran percibidas en múltiples países, será de aplicación la ley del país donde la publicación o difusión tuviera la conexión más cercana. Esta conexión más estrecha se determinará valorando cada uno de los siguientes factores: la conexión social del perjudicado con cada país, en particular la residencia habitual del perjudicado y la naturaleza y el grado de distribución de la publicación en cada país.*

## V. Comentarios finales

33. Este análisis de las violaciones transfronterizas de la intimidad y el honor revela una apremiante necesidad de reforma. El *statu quo* es anticuado y reclama al legislador europeo una reforma. Los mercados de medios de comunicación Pan-Europeos –aún sin tomar en consideración Internet– son un rasgo cada vez más característico de la vida moderna. La fácil disponibilidad de los medios de comunicación en su versión impresa y digital para difundir la información más allá de sus fronteras nacionales, y un público ávido de información constituye un caldo de cultivo apropiado para generar complicadas infracciones fronterizas de estos derechos en el futuro.

En lugar de un acuerdo general europeo de Derecho sustantivo sobre la protección de la reputación y la intimidad, resulta más adecuada una aproximación conflictual estableciendo una regla de conflicto lo suficientemente flexible como la que se sugiere en el presente trabajo. Sólo así la regla de conflicto es lo suficientemente respetuosa con el importante equilibrio de las partes afectadas: la libertad de información contra la intimidad y la reputación, así como de los intereses de ambas partes: los medios de comunicación y el sujeto objeto de cobertura mediática. Ahora bien, los partidarios de las reglas de conflicto flexibles tienen que afrontar un significativo contra-argumento: la falta de seguridad jurídica. Si bien, es posible argumentar todo lo contrario. La previsibilidad del resultado de cualquier regla sólo puede lograrse cuando los tribunales claramente

consideran y declaran qué factores son los relevantes y cuál es su peso en cada caso. Sólo abordando y evaluando el peso de los elementos relevantes en cada supuesto –en vez de manipular la ley y los hechos para evitar resultados injustos– permite obtener sentencias fiables.

En particular, desde la perspectiva del conflicto de leyes estos contra-argumentos también pueden obviarse. Un sistema flexible resulta particularmente apropiado en aquellas áreas del Derecho que son siempre y esencialmente sistemas flexibles. El conflicto de leyes nunca fue y ni está actualmente reglamentado por reglas rígidas, sino todo lo contrario, se busca una aproximación flexible mediante el recurso al punto de conexión vínculos más estrechos.

### Bibliografía

- Brüggemeier, G., A. Colombi Ciacchi y P. O'Callaghan (eds): *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge, 2010; H. Koziol y A. Warzilek (eds.), *Protection of Personality Rights against Invasions by the Mass Media*, Viena / Nueva York, 2005.
- Fuchs, D., J. Gerhards y F. Neidhardt: *Öffentliche Kommunikationsbereitschaft: Ein Test zentraler Bestandteile der Theorie der Schweigespirale*, 1991.
- Hohloch, G.: "Art. 40 EGBGB", en *Erman, Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. II, 12ª ed, Colonia, 2008.
- Kellner, M.: "Comparative Report", en H. Koziol y R. Schulze (eds.), *Tort Law of the European Community*, Viena / Nueva York, 2008, pp. 564 ss.
- Koziol, H.: "Basic Norm", en European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Viena / New York 2005, pp. 30 ss.
- Prosser, W.L.: "Interstate Publication", *Mich. L. Rev.* 1993, pp. 973 ss.
- Scheufele, D.A. y P. Moy: "Twenty-five Years of the Spiral of Silence: A Conceptual Review and Empirical Outlook", *Int'l J. of Public Opinion Research*, 2000, pp. 3–28.
- Schnitzer, A.F.: "Gegenentwurf für ein schweizerisches IPR-Gesetz", *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1980, pp. 314 ss.
- Siehr, K.: *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zürich, 2002.
- Thiede, T.: *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, Viena, 2010.
- Vischer, F.: "Art. 139 IPRG", en *Zürcher Kommentar, IPRG*, 2ª ed, Zürich 2004.
- von Hein, J.: *Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht*, Tubinga, 1999.
- Von Savigny, F.K.: *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. VIII, 1849.
- Wagner, G.: "Ehrenschaft und Pressefreiheit im europäischen Zivilverfahrens- und Internationalen Privatrecht", *RabelsZ*, 1998, pp. 276 ss.
- Weir, T.: "The Maddening Effect of Consecutive Torts", *Cambridge L.J.*, 2001, pp. 238 ss.
- Widmer, P.: "Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of Imputation", en P. Widmer (ed.), *Unification of Tort Law: Fault*, Viena / Nueva York 2005, pp. 347 ss.